

# **O VETOR DA SUSTENTABILIDADE NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES GOVERNAMENTAIS.**

## **The Vector Of Bids And Sustainability In Government Contracting**

Autora: Glaucia Cobellis

Coautor: Marcelos Alves Nunes

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Licitação sustentável: um novo paradigma. 3. Licitações sustentáveis na Lei n. 8.666/93. 4. Parâmetros constitucionais das licitações sustentáveis. 7. Obras, serviços e compras sustentáveis. Conclusão. Referencial bibliográfico.

### **RESUMO**

O poder de compra da Administração Pública pode ser utilizado como instrumento eficaz de racionamento dos recursos naturais, a partir de medidas políticas concretamente direcionadas para a preservação do meio ambiente. Na condição de agente regulador da ordem econômica, o Estado tem legitimidade constitucional para inserir critérios ambientais nos seus editais, visando, em última instância, à satisfação de interesses públicos primários, notadamente a proteção do ecossistema para as atuais e futuras gerações.

### **ABSTRACT**

The purchasing power of public administration can be used as an effective rationing of natural resources, from policy measures specifically aimed at the preservation of the environment. Provided that a regulator of the economic order, the State is entitled to insert environmental criteria in their edicts, in order, ultimately, to the satisfaction of primary public interest, specifically the protection of the ecosystem for present and future generations.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo. Licitações e contratações públicas. Sustentabilidade. Aspectos legais e constitucionais.

**Keywords:** Administrative Law. Tenders and sustainable public procurement. Legal and constitutional aspects.

## INTRODUÇÃO

As compras governamentais — que no Brasil movimentam recursos estimados em 10% do PIB<sup>1</sup> — mobilizam setores importantes da economia que buscam se ajustar às regras previstas nos editais de licitação.

Nesse aspecto, cresce a responsabilidade do gestor público encarregado de definir as *regras do jogo* para resguardar a livre-concorrência e o interesse maior da Administração Pública, qual seja, a obtenção do melhor produto/serviço, pelo menor custo monetário.

Mas, nesta quadra temporal, já não basta. É legítima a preocupação com o menor preço — principalmente num país em que os recursos públicos são invariavelmente escassos —, mas já se foi o tempo em que o melhor edital era aquele que buscava satisfazer apenas esse critério de ordem financeira.

Embora o Brasil tenha avançado bastante em matéria de licitação, criando uma legislação especial e fomentando mecanismos de controle social, o modelo vigente ainda é omissivo em relação a uma premissa fundamental: a sustentabilidade.

Urge observar que o edital de licitação pode ser utilizado como importante ferramenta de promoção do desenvolvimento sustentável na esfera pública, com impacto direto na iniciativa privada, de maneira que pequenos ajustes no certame podem determinar grandes mudanças no sentido da ecoeficiência, com o uso racional e sustentável dos recursos naturais.

*Quais produtos ou serviços causam menos impacto sobre o meio ambiente? Menor consumo de matéria-prima e energia? Quais aqueles que poderão ser reutilizados ou reciclados após o descarte?* São questões importantes quando se consideram a escala das compras governamentais e o efeito cascata que uma licitação produz sobre os fornecedores,

---

1 Conforme notícia disponível em <<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2012/03/06/pais-apresenta-sistema-de-compras-governamentais-em-feira-de-tecnologia-na-alemanha/print>> . Acesso em 10 Mar. 2013.

multiplicando investimentos na disposição da sustentabilidade ambiental. (BIDERMAN et al : 2008, p.12)

Compatibilizar o consumo administrativo com o valor da sustentabilidade é o novo desafio da Administração Pública, donde se extrai o interesse pelo presente estudo, apresentado no formato de artigo científico, a partir da exposição de conceitos elementares e dos aspectos legais e constitucionais que circundam a matéria, sobremaneira relevante para a afirmação jurídica e histórica de um verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

## **1. Licitação sustentável: um novo paradigma**

Licitação é *procedimento administrativo*, pois desdobrado em etapas sucessivas e complementares, de observância imperativa pelas entidades governamentais, nos mais diversos níveis de atuação, em que, resguardada a igualdade entre os licitantes, busca-se a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, conforme critérios previamente estabelecidos no instrumento de convocação - *edital* ou *convite*.

A instauração do certame se justifica, como se infere do art. 3º da lei de regência, tanto para i) *garantir a higidez do postulado constitucional da isonomia entre os licitantes*, como ainda para ii) *selecionar a proposta mais favorável aos interesses superiores da Administração*.

Sucedem que, com o incremento da sustentabilidade, termo tradicionalmente empregado no direito ambiental, a licitação passa a incorporar outros valores e objetivos, para além daqueles acima apontados.

No regime jurídico das licitações e contratos, o qualificativo importa para o Poder Público o dever de perseguir o denominado “consumo sustentável”, firmando contratos (compra, locação, tomada e prestação de serviços) adequados a essa nova proposição técnica.

De ver que o governo é grande comprador e consumidor de recursos naturais, e, sob essa perspectiva, outro não pode ser o objetivo das práticas sustentáveis senão fomentar a produção e circulação de bens e serviços ecologicamente adequados, disseminando-se na sociedade a boa prática da ética ambiental.

É bem verdade que a concepção de bem comum, tema que acompanha o homem na sua existência, varia conforme o tempo e o espaço, segundo a relação de cada povo com o

mundo em que vive. É natural, pois, que a filosofia de mundo sofra modificações com o passar do tempo, promovendo, por conseguinte, alterações no direito positivo, na missão de refletir e resguardar os anseios atuais e futuros da sociedade organizada.

Com esse desiderato, a sociedade atual anseia por medidas que contribuam para a afirmação dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, a exemplo do meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo a todos, notadamente ao Estado, o dever de preservá-lo e defendê-lo, em favor das presentes e futuras gerações.

É evidente que, se produtos e serviços podem ser selecionados a partir de critérios de conveniência e oportunidade, como sói acontecer, com maior razão hão de ser aceitas escolhas baseadas na necessidade de conservação e de preservação do meio ambiente, um dever inescusável do Estado constitucional.

## **2. Licitações sustentáveis na Lei n. 8.666/93**

Cumpre destacar, de início, que a lei especial de regência, na sua redação originária, não contemplou expressamente o tema; cingiu-se a fazer referência ao impacto ambiental no projeto básico de obras e serviços.

Dessa maneira, em face do silêncio normativo, estaria a Administração Pública autorizada a exigir, numa licitação, produtos compatíveis com o moderno conceito de sustentabilidade ambiental?

A resposta há de ser afirmativa. A inexistência de lei não pode servir de escusa ao cumprimento de mandamento normativo superior, endereçado também ao Poder Público, como se depreende do art. 225 da Constituição Federal<sup>2</sup>, regra da qual a licitação sustentável extrai seu fundamento de validade.

Eis aqui a aplicação da força normativa da Constituição<sup>3</sup>, critério hermenêutico fundado na densificação das normas constitucionais, no sentido de torná-las mais eficazes e perenes, prevalecendo naturalmente sobre a legislação ordinária, conforme o pensamento difundido pelo publicista KONRAD HESSE.

---

2 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3 A partir da posição normativa da Constituição, entendida como Pacto Fundante e ordem normativa superior e vinculante, todo o plexo jurídico inferior deve ser lido e apreendido à luz da Carta Fundamental, e assim passada pelo seu crivo.

Tal inteligência, a propósito, já era defensável antes mesmo da edição da Medida Provisória (MP) nº 495/2010, publicada em 20 de julho de 2010, que acrescentou mais uma finalidade à licitação, qual seja, a *promoção do desenvolvimento nacional*. A pretexto de conferir conformidade com a Magna Carta, o Congresso Nacional converteu a medida provisória na Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, manifestando especial preocupação com o tema, incorporando à expressão *promoção do desenvolvimento nacional* o termo *sustentável*.

### **3. Parâmetros constitucionais das licitações sustentáveis**

A Constituição da República, em duas passagens, destaca a sustentabilidade como diretriz de ações estatais, o que se entrevê nos arts. 170, inc. VI, e 225.

Tratam-se de normas de conteúdo programático, é verdade, mas que não devem ser confundidas com singelas “exortações” ou “promessas vazias”. Ao contrário, revelam o compromisso do Estado brasileiro com a realização de tais metas, cujo valor jurídico é equivalente ao dos demais preceitos constitucionais (de eficácia imediata ou contida), razão pela qual: *Vinculam o legislador futuro na sua realização; Vinculam o Poder Executivo, devendo assim considerá-las diretivas de caráter permanente e Vinculam os poderes públicos, na qualidade de limites materiais negativos, ensejando a inconstitucionalidade de quaisquer atos que as contrariem*.

O dever que dimana dos dispositivos mencionados em face de todos os entes federativos, indistintamente, implica na inserção de critérios de sustentabilidade nas políticas públicas e ações de governo, incluindo aquisições de bens e serviços, e na realização de obras públicas. Esse novo paradigma, portanto, obriga uma releitura dos institutos da licitação e contrato administrativo, agora sob a ótica do desenvolvimento sustentável.

É preciso obtemperar que a política pública propugnada não pode significar indevida intromissão regulatória do Estado em assunto econômico, contrariando o modelo de Estado liberal perfilhado pelo constituinte (Constituição Federal, art. 174). Isso porque a medida tem aspecto apenas indicativo para o setor privado, não o obrigando a nada. Tanto é verdade que, não pretendendo fabricar ou adquirir produtos com as especificações ambientais estipuladas pelo Poder Público, o particular tem a faculdade de não participar do certame, não sofrendo nenhuma sanção em razão disso.

Também é verdade que a licitação sustentável não ofende o princípio da igualdade que, no plano da disputa, manifesta-se pela garantia da competitividade durante o

procedimento. Por óbvio, quanto mais condicionantes na licitação, menor será o número de licitantes. Contudo, nesse caso, a ampla competitividade em favor dos licitantes é legitimamente mitigada pela autoridade do interesse público.

A licitação dita sustentável não elimina o critério do menor preço, afinal no procedimento também se realiza o controle dos recursos públicos, mas antes procura conjugá-lo com o da melhor qualidade. Sob esse viés, a proposta mais vantajosa é seguramente aquela que reúne os elementos *melhor qualidade e menor preço*.

#### **4. Obras, serviços e compras sustentáveis**

O tema *obras e serviços sustentáveis* não foi olvidado pelo constituinte, vez que manifestou sua inquietação diante das obras ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, exigindo, para esses casos, estudo prévio de impacto ambiental (EIA), em conformidade com a Política Nacional do Meio Ambiente em vigor (Lei nº 6.938/81).

Com idêntico objetivo, o art. 5º da mencionada lei impõe o exercício das atividades empresariais públicas ou privadas à luz das diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente.

De forma sistemática, a Lei nº 8.666/93, em sua redação original, já dispunha que nos projetos básico e executivo de obras e serviços sejam considerados determinados requisitos, dentre os quais a segurança; a possibilidade de emprego de mão de obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; adoção das normas técnicas, de saúde e segurança do trabalho adequadas; e o *impacto ambiental*.

Mais recentemente, a preocupação com o tema foi retomada. Essa foi a inspiração ideológica da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui regras para as parcerias público-privadas, de que se destaca a “sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria” (art. 4º, inc. VII).

No tocante às compras sustentáveis, por outro lado, vê-se um panorama diferenciado, marcado sobretudo pela anomia ou ausência de regras (constitucionais ou infraconstitucionais) a respeito. A compra sustentável há de integrar critérios ambientais, sociais e econômicos em todos os estágios do processo de licitação.

Revelam-se as condições humanas como critério porque a preservação do meio ambiente diz respeito, diretamente, à preservação da própria espécie humana; configuraria, com efeito, nítida contradição lógica a realização de trabalhos à custa do bem-estar dos trabalhadores (meio ambiente do trabalho).

Nesse sentido, merece referência elogiosa a inserção do termo *produtos*, de par com *serviços*, no que toca ao processo de elaboração e prestação como medida de defesa do meio ambiente, por força da Emenda Constitucional nº 42/2003, que alterou o inciso VI do art. 170 da Lei Fundamental.

É verdade que muitas pessoas criticam o aspecto econômico das licitações sustentáveis, ao argumento de que os bens/produtos que atendem às extraordinárias especificações técnicas são mais caros. A observação é óbvia, sendo certo que “produtos diferentes” possuem “preços diferentes”. O problema é que a constatação é imediatista, estreita e míope, e por esse motivo não enxerga as vantagens a médio e longo prazos para a Administração Pública e para a coletividade, considerando especialmente o maior tempo de vida útil do produto mais qualificado. Isso é o que se espera na gestão dos recursos públicos, vale dizer, a maximização dos benefícios sem descurar do critério menor custo. Anotamos, nesse passo, que isto poderá ser atingido mediante contratos com preços iguais ou até inferiores à média dos preços de mercado ou com preço justo pela qualidade do seu objeto, não havendo, *a priori*, uma incompatibilidade com a licitação sustentável.

Essa é a *ratio essendi* da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, acenando como um dos seus fins a *prioridade* nas aquisições e contratações governamentais de produtos reciclados e recicláveis, bem como de bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis. Cuida-se de norma de caráter impositivo, reconhecendo a implementação concreta de licitações sustentáveis como um dos interesses primários a serem defendidos por todos os entes políticos da federação.

A grande dificuldade, no entanto, reside na falta de normatização do assunto, ficando a opção ao alvedrio do gestor, nos limites do poder discricionário da Administração Pública. A desregulamentação, portanto, inibe ações inovadoras, mormente porque a escolha de produtos e serviços com o traço da sustentabilidade pode ser interpretada como malversação do erário, gerando uma indesejável responsabilização do agente, especialmente em época de contingenciamento orçamentário.

## CONCLUSÃO

Embora o conceito de desenvolvimento sustentável tenha sido amplamente disseminado nas últimas décadas, sobretudo a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (mais conhecida como Rio 92), é certo que ainda inexistem clareza sobre sua aplicabilidade no setor governamental, ficando a gigante estrutura estatal praticamente à margem dessa atual realidade jurídico-econômica.

A noção de sustentabilidade baseia-se no imperativo de se garantir a disponibilidade dos recursos da Terra para nossos descendentes, por meio de uma gestão que contemple a proteção ambiental, a justiça social e o desenvolvimento sadio da economia nesta gigantesca sociedade.

O lamentável fato é que práticas positivas de eficiência do uso de produtos e recursos, reduzindo o impacto sobre o meio ambiente, raramente são priorizadas nas licitações públicas.

Vale registrar que toda contratação pública consome recursos para a aquisição de produtos ou contratação de serviços, e isso pode causar significativos impactos ambientais, o que impõe ao gestor, no modelo ora sufragado, levar em consideração novos vetores no momento de licitar, como a real necessidade de aquisição do produto ou serviço, os materiais com os quais são produzidos e, ainda, uma avaliação prévia sobre o futuro, vale dizer, como o produto ou serviço se comportará durante sua fase útil de vida e mesmo após sua utilização.

Trata-se, a rigor, de uma prática inovadora e ainda incipiente no âmbito da Administração Pública, havendo, contudo, alentadoras notícias de sua efetiva adoção no Estado de São Paulo. Esse é o caminho.

## REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALEXANDRINO, Marcelo, PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 18<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental sistematizado*. São Paulo: Método, 2009.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. 1<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

- \_\_\_\_\_ ; MAIDAME, Marcel Manoel. A imunidade parlamentar e a legitimidade passiva na ação popular. *Interesse Público*, v. 11, n. 55, p. 97-120, maio/jun. 2009.
- DABIN, Jean. *Doctrine générale de l'État: éléments de philosophie politique*. Paris: Sirey, 1939.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2005.
- MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.